

LAS REDUCCIONES Y ADAPTACIONES DE JORNADA EN ATENCIÓN A LAS NECESIDADES PERSONALES Y FAMILIARES DEL TRABAJADOR

Miguel Basterra Hernández

Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho del Trabajo y de la S.S. Universidad de Alicante

1. Introducción. 2. El permiso de lactancia. 3. El derecho a la reducción de jornada para la atención de los hijos prematuros u hospitalizados tras el parto. 4. El derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares. 5. El derecho a la reducción y adaptación de jornada de las víctimas de violencia de género o de terrorismo. 6. El derecho a la adaptación de jornada por razones personales y familiares del art. 34.8 del ET. 7. Las reducciones o adaptaciones de jornada por motivos de conciliación frente a la distribución irregular de la jornada y la realización de horas extraordinarias. 8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El ET recoge una serie reducciones y adaptaciones de jornada que, con la finalidad de garantizar el derecho a la conciliación de la vida familiar, personal y laboral de los trabajadores, moderan las exigencias laborales a lo largo etapas, más o menos dilatadas, en las que el trabajador tendrá que compatibilizar sus obligaciones profesionales con determinadas exigencias de su vida privada. Concretamente, las situaciones de necesidad que darán origen a estas reducciones y adaptaciones de jornada se relacionan, principalmente, con el cuidado y crianza de los hijos o la atención de cualesquiera otros familiares menesterosos.

De esta manera, los derechos de reducción y adaptación de jornada de los art. 37, en sus puntos 4 a 8, y 34.8 del ET se encuadran en la vertiente más sociológica del Derecho del Trabajo; pues, en efecto, puede afirmarse que la configuración de estos mecanismos jurídicos constituyen uno de los principales frentes desde los que se deben abordar diversos problemas con profundo arraigo social, como los cambios en la estructura demográfica o el papel de la mujer en la sociedad moderna. El precipitado envejecimiento de la población, los alarmantemente bajos índices de natalidad o las barreras en la integración de las mujeres al mercado de trabajo representan cuestiones de vital importancia a nivel jurídico, social y económico. Los derechos de conciliación de la vida familiar, personal y laboral desempeñan un papel absolutamente trascendental en el tratamiento y evolución de todas estas cuestiones. Su centralidad viene avalada por la propia CE, que ilustra en su articulado la envergadura de los intereses relacionados con la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; dando un soporte fundamental a estos derechos. Así, el art. 14 de la CE reconoce el Derecho a la Igualdad, con todas sus imbricaciones en materia de corresponsabilidad ante

las cargas familiares y la cuestión de género; y, por su parte, el art. 39 proyecta la protección de la familia, en general, y los hijos, en particular.

2. EL PERMISO DE LACTANCIA

El art. 37.4 del ET reconoce a los trabajadores un derecho para la lactancia de sus hijos hasta que cumplan los nueve meses de edad, consistente en un permiso para ausentarse del trabajo una hora o reduzcan su jornada en media hora.

En su origen, el derecho a la lactancia se configuraba como un permiso para que la mujer trabajadora se ausentara durante su jornada laboral, con objeto de amamantar a sus hijos naturales¹. Por tanto, tenía por objeto proteger y favorecer la lactancia natural (lo que se reducía al nutrimiento directo por parte de la madre), bajo el entendimiento de que debía facilitarse esta “peculiar e inmejorable”² alimentación natural de los hijos, y cuya una titular era la propia madre. Así se mantuvo la configuración del derecho hasta la LRL de 1976; momento en el que se inicia un proceso de cambio al abrigo de distintos episodios legislativos³. Así, hoy en día, el propósito perseguido es que el progenitor, tanto hombre como mujer, atienda al recién nacido en todas sus necesidades, entendidas en sentido amplio. De este modo, la configuración actual del derecho abarcaría cualquier tipo de alimentación del recién nacido, ya fuese natural o artificial⁴. Pero es que, incluso, puede afirmarse que el derecho de lactancia se ha llegado a desligar de lo que su denominación sugiere y, en realidad, se dirige a facilitar el cuidado del menor y propiciar el estrechamiento del vínculo afectivo del recién nacido con la madre o el padre durante la etapa inicial de la vida⁵. De hecho, el derecho a la “lactancia” puede ser acumulado para su disfrute en jornadas completas; lo que da idea de que la finalidad protegida no guarda relación con las necesidades alimenticias del recién nacido. Todo ello lleva a plantearse si no sería conveniente cambiar la denominación actual de este derecho, eliminando el término *lactancia*; para adecuar, así, la nomenclatura del precepto con su contenido real y efectivo.

En la actualidad, resulta indistinto el tipo de filiación, pues el derecho se genera tanto en los casos de hijos naturales como en los de adopción o acogimiento. Así se desprende del tenor literal de la norma, que recoge expresamente los tres supuestos, en coherencia con el art. 39.2 de la CE, que encomienda a los poderes

1 Así aparece estructurado en el art. 3 d) del C. 3 de la OIT, del año 1920.

2 Con expresión de: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos retribuidos del trabajador*, Elcano (Navarra), (Aranzadi), 1999, p. 183.

3 Para un elenco de los sucesivos cambios normativos de este derecho: CABEZA PEREIRO, J., “Descanso semanal, fiestas, permisos y reducción de jornada por lactancia y guarda legal”, en *REDT*, nº 100, 2000, pp. 804 y 805.

4 Así lo comparte de manera absolutamente pacífica la doctrina científica. Además, también se contempla como un buen uso del derecho que el progenitor esté simplemente presente junto a su hijo, aunque no lleve a cabo su alimentación de manera personal: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos...*, *op. cit.*, p. 195.

5 VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal: deficiencias y problemas”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, nº 10/2010, edición digital.

públicos la protección integral de todos los hijos, iguales ante la Ley y con independencia de su filiación, y el 108 del CC, que equipara plenamente los efectos de la filiación natural y la filiación por adopción. Por ello, puede afirmarse que cualquier otra configuración del campo objetivo del derecho, que estableciese diferenciaciones derivadas del tipo de filiación, resultaría discriminatoria y contraria al art. 14 de la CE⁶. En efecto, el derecho a la lactancia tiene por objeto la tutela de derechos e intereses que se encuentran igualmente presentes en los supuestos de maternidad o paternidad adoptiva⁷.

Estos cambios han incidido con especial intensidad en todo lo referente a su titularidad, cuestión que ha experimentado una auténtica transformación⁸. Actualmente el art. 37.4 del ET reconoce un derecho de titularidad neutra (o indistinta) a los progenitores, ya sean hombres o mujeres⁹ y que podrán disfrutar con independencia de la situación laboral del otro¹⁰. No obstante, la Ley especifica que, en caso de que ambos trabajasen, solo uno de ellos podría hacer uso efectivo del permiso. La estructura del texto legal no parece dejar margen a la interpretación, por lo que la incompatibilidad se dará tanto cuando ambos progenitores trabajen para un mismo empresario como cuando trabajen para distintos empresarios. Ello abre la incógnita de a qué mecanismos puede acceder el empresario para controlar que ese derecho, generado a raíz de la filiación, no está ya siendo disfrutado por el otro progenitor, que trabajase para otra empresa. La Ley no contiene previsión alguna en este sentido, por lo que únicamente cabría enfocar esta cuestión a través de la buena fe exigible al trabajador; y, así, una conducta abusiva daría lugar a la pertinente sanción disciplinaria¹¹.

En fin, este nuevo esquema de titularidad parece presentar dos únicas incógnitas. En primer lugar, se plantea la incertidumbre de quién disfrutará el permiso en caso de falta de acuerdo entre los padres. Cuestión que, tal y como señala la

6 MONTOTOY MEDINA, D., “Conciliación de la vida laboral y familiar en la reforma laboral de 2012”, en *RTSS. CEF*, n° 361 (abril 2013), p. 135. Este mismo esquema argumental es el utilizado para criticar la diferencia de trato entre la filiación natural y adoptiva a efectos de conceder el permiso retribuido del art. 37.3 b) del ET: VIQUEIRA PÉREZ, C., *Interrupción y suspensión del contrato de trabajo con motivo de la adopción de un hijo*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, pp. 27–28.

7 VIQUEIRA PÉREZ, C., *Interrupción...*, op. Cit., pp. 17–18.

8 Para un análisis detallado de la problemática propia de las distintas etapas evolutivas en la regulación de este derecho: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2012, pp. 93–96.

9 En este sentido se afirma que, tras la reforma de la Ley 3/2012, el permiso se configura como un “derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres”; por lo que no hay una titularidad originaria única, ni siquiera preferente: SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación de la vida familiar en la Reforma Laboral de 2012: lactancia.”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 1/2012, edición digital, p. 2.

10 De esta manera, a diferencia de lo que ocurría con anterioridad, tanto el padre como la madre podrán acceder a este permiso laboral aunque el otro progenitor no tuviese la condición de trabajador asalariado.

11 El problema es que, muy probablemente, las indagaciones necesarias para constatar que el otro progenitor (que no trabajase en la misma empresa) se encontraba ya disfrutando del permiso de lactancia le supondrían al empresario un gravamen superior al derivado del disfrute del permiso por parte de su asalariado; con lo que, mientras el legislador no diseñe algún mecanismo específico, no parece haber una solución, viable en la práctica, a esta cuestión.

doctrina¹², la norma no se ha ocupado de aclarar. En mi opinión, la solución más razonable no sería otra que la de repartir el disfrute del derecho equitativamente entre ambos. La segunda incógnita, por su parte, hace referencia a la posibilidad de que, durante el periodo de ejercicio del derecho, se cambie el titular de su disfrute, pasando de uno a otro; alternativa que, siempre que sea razonable y no se cometan abusos de derecho o se actúe de mala fe, sí parece adecuado admitir¹³.

Respecto a su contenido, este derecho consiste en un permiso para ausentarse del trabajo durante una hora (que podrán dividir en dos fracciones) o bien reducir en media hora su jornada. A pesar de que no se diga expresamente, parece que ambas posibilidades de flexibilización van referidas a la jornada diaria. Así, la Ley prevé dos modalidades alternativas distintas de disfrute del derecho. A este respecto, la estructura misma del precepto, así como la prerrogativa contenida en el art. 37.6 del ET, que se desarrollará más adelante, evidencian que será el propio trabajador quien escoja entre una y otra modalidad de disfrute.

La primera de las dos opciones implica que, tanto antes como después de la pausa, el trabajador debe encontrarse ocupado en el desempeño de sus funciones¹⁴. Por tanto, si tal es su elección, el trabajador deberá iniciar su jornada diaria a la hora establecida y no abandonar su puesto de trabajo, con carácter definitivo, hasta que ésta no concluya. La norma le reconoce la posibilidad de fragmentar esta hora de descanso en dos partes (o más, si así se permite por convenio colectivo o acuerdo individual), que no han de ser necesariamente o iguales en su duración. Pero eso sí, tal fragmentación tampoco puede implicar la pérdida de la característica esencial de esta alternativa, que supone que por “ausencia” deba entenderse un paréntesis¹⁵ situado en el interior de una jornada diaria; que comienza antes de la pausa y que aún continúa tras ella. Lo cual supone que los distintos fragmentos de la ausencia deben ubicarse temporalmente en un punto intermedio de la jornada diaria. No obstante, en los casos de jornada partida la ausencia sí podría situarse tanto al final del periodo matutino como al comienzo del vespertino. En este sentido puede argumentarse que habría previo acceso al puesto de trabajo y regreso al mismo, pues lo único que no concurre es la inmediatez en el regreso tras la pausa¹⁶. O, en esta misma línea argumental, puede considerarse que desde el inicio de la actividad, por la mañana, hasta su conclusión, por la tarde, estamos ante el mismo periodo diario de jornada¹⁷.

12 BALLESTER PASTOR, M.A., “El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012”, en AAVV, *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma del 2012*, Albacete (Bomarzo), 2012, p. 193.

13 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación...”, *op. cit.*, p. 3.

14 En efecto, el propio término “ausencia” hace referencia, según el diccionario de la RAE, a la acción de separarse o alejarse del lugar en el que uno ya se encontraba.

15 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos...*, *op. cit.*, p. 197.

16 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 99 y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., “Conciliación...”, *op. cit.*, p. 4.

17 GARCÍA NINET, J.I., “Notas sobre sobre las ausencias del trabajo por lactancia (en torno al artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)”, en *Revista de Trabajo*, nº 94, 1989, p. 34, al hilo de una STCT de 23/03/1988.

La opción de reducir la jornada diaria en media hora consiste, precisamente, en un comienzo tardío o una terminación anticipada de la misma. Así, a diferencia de la anterior, esta alternativa para el disfrute del derecho sí permite al trabajador localizar el permiso de lactancia, bien, en el momento exactamente posterior al que sería el inicio de su jornada ordinaria, o bien, inmediatamente antes de la que sería su hora de salida habitual. Cuando el trabajador opta por la reducción de jornada, la duración temporal del permiso disminuye a la mitad; de lo que se deduce que, a juicio del legislador, entrar a trabajar más tarde, o cesar antes, tiene unas ventajas equiparables a ausentarse del trabajo durante el doble de tiempo, pero con la obligación de incorporarse a sus funciones antes y después¹⁸. Sin embargo, es perfectamente posible, y de hecho así sucede en la práctica negociadora¹⁹, que los convenios colectivos equiparen en términos cuantitativos ambas opciones.

El trabajador dispone, todavía, de una opción más en el ejercicio del permiso de lactancia, pues el propio precepto recoge la posibilidad de que se acumule el derecho para su disfrute en jornadas completas. Así, en lugar de que el trabajador se ausente del trabajo todos los días o bien reduzca su jornada diaria, podría disfrutar de días completos para dedicarse a la atención del recién nacido²⁰. No obstante, el ET supedita la posible acumulación a que así se prevea en el convenio colectivo o que así se acuerde con el empresario. El ET pone en manos del trabajador la concreción horaria y la determinación del permiso de lactancia, pero esta última posibilidad, consistente en disfrutarlo en jornadas completas, exige pacto convencional o individual previo²¹.

Un punto polémico dentro el análisis del disfrute acumulado en jornadas completas del permiso de lactancia es el de las reglas que deben ser tenidas en cuenta para el cálculo de su duración. La disyuntiva consiste en dilucidar si el número de días completos de permiso debe extraerse a partir de la acumulación de horas enteras (propias de la opción por la ausencia) o bien de medias horas (lo correspondiente a la segunda opción de disfrute, la reducción de jornada). El criterio adoptado determinará una diferencia en la cifra resultante. Debe destacarse, ya desde un momento preliminar al propio análisis, que este problema interpretativo parte de la falta de claridad técnica de la norma, origen de la presente confusión.

18 SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Los permisos...*, op. cit., p. 200.

19 Así se documenta en GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., p. 99; citando, entre otros: III Convenio Colectivo Sectorial de Ámbito Estatal de las Administraciones de Loterías 2006–2007; Convenio Colectivo General de Ferralla 2005–2008; o el Convenio Colectivo Interprovincial de las Empresas Minoristas de Droguerías, Herboristerías, Ortopedias y Perfumerías 2005.

20 A este respecto cabe mencionar que, pese a la indiscutible vigencia de esta opción para el disfrute del permiso, algunos autores se plantean, en relación a esa *ratio legis* original de la lactancia, qué ocurrirá con el cuidado y la alimentación del recién nacido cuando, fruto de su disfrute acumulado, ya se haya agotado.: BLASCO JOVER, C., “Acumulación de horas por lactancia”, en *Actualidad Laboral*, nº 10, 2005, pp. 1200 y ss.

21 En la práctica, son pocos los convenios colectivos que reconocen la posibilidad de acumular el descanso en jornadas completas y esta opción de disfrute del derecho de lactancia sigue dependiendo principalmente del acuerdo individual entre empresario y trabajador: LAHERA FORTEZA, J., GARCÍA QUIÑONES, J.C., *Tiempo de trabajo y conciliación familiar*, Albacete (Bomarzo), 2008, p. 125.

Algunos autores se manifiestan a favor de la acumulación de las horas enteras propias de la ausencia²²; y, de hecho, el tenor literal del precepto, bien podría conducir a esta conclusión. Sin embargo ello no resulta del todo indiscutible si se valora en profundidad la esencia y carácter de cada una de las modalidades alternativas de disfrute del derecho a la lactancia. Como se aprecia en el esquema finalista del precepto, el legislador confiere un mayor valor a la reducción de la jornada diaria que a la posibilidad de ausentarse durante la misma, lo que se traduce en que la primera opción tenga una duración temporal de solo media hora frente a la hora completa de esta última. Ello responde a la idea de que el trabajador obtiene el mismo beneficio con una reducción de su jornada de solo media hora que con la posibilidad de ausentarse del trabajo, una vez ya iniciada su actividad diaria y antes de que ésta termine definitivamente, durante una hora completa. Desde luego, esa parece ser la impresión del legislador. Pero, además, creo que la configuración de la norma también toma en consideración que para el empresario la pérdida de sus trabajadores durante el inicio y el cierre de la actividad diaria resulta ostensiblemente más gravosa que su ausencia en una fase intermedia de la jornada; en la medida en que una ausencia intermedia a lo largo del día admite más, y más flexibles, soluciones que la incomparecencia del trabajador durante los momentos iniciales o finales del día de trabajo (sobre todo, se reitera, en determinadas actividades).

Pues bien, una vez que se ha incidido en estas diferencias esenciales entre las dos modalidades de disfrute de la lactancia, puede apreciarse que la acumulación del permiso en días completos se sitúa en el mismo plano conceptual que la reducción de la jornada diaria. En efecto, parece innegable que el disfrute de días completos de permiso se encuentra mucho más cercano a la noción de “reducción de jornada” que a la de una ausencia intermedia a lo largo de la jornada diaria; en tanto que, si se observa, la acumulación del permiso de lactancia en jornadas completas no es otra cosa que una reducción de la jornada anual de trabajo. Y, siendo ello así, se presenta algo alejado de la lógica y la coherencia jurídica que mientras el trabajador reduzca su jornada diaria lo haga a razón de media hora por día y cuando lo que redujese fuese su jornada anual, mediante esta opción del disfrute acumulado del permiso, lo haga a razón de una hora completa por cada día computado en la acumulación. Por estos motivos, entiendo que la acumulación del permiso en jornadas completas es heredera de la reducción de la jornada diaria y no de la ausencia intermedia durante la misma. Sin embargo resultaría difícil trasladar al plano aplicativo todo el análisis conceptual o *esencial* que se ha expuesto; pues afirmar que el número de días completos de permiso acumulado se calcula a partir de la suma de media hora por día supondría llevar a cabo una interpretación restrictiva de este derecho sin que exista un soporte normativo sólido para ello. Por tanto, parece que la acumula-

22 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., p. 100, con apoyo en la STSJ de Cataluña de 23 de junio de 2005 (rec. 1790/2005).

ción deberá producirse, necesariamente, a partir de horas completas; tal y como invita a pensar la imprecisa estructura de la norma. En cualquier caso, sí considero, a este respecto, que el legislador debiera revisar esta cuestión para adecuar las diferentes modalidades de disfrute del derecho a la naturaleza jurídica que verdaderamente les corresponde en cada caso.

Otra característica fundamental del permiso es su carácter retribuido, y ello pese a que el art. 37.4 del ET elude cualquier mención expresa sobre el particular. Sin embargo, no parece discutible que, cuando el trabajador lo disfrute, no verá minorada su retribución. Tres son los principales argumentos que conducen a tal conclusión. En primer lugar, la norma califica a este derecho como “permiso”, lo que le sitúa junto al resto de figuras contempladas por el art. 37.3 del ET, de las que sí se predica expresamente el carácter retribuido. Por otro lado, cuando el legislador ha optado por la no retribución de algunos de los otros derechos de conciliación encuadrados en el art. 37 del ET, así lo ha declarado sin margen alguno para la duda; lo que también resultaría sintomático de que la lactancia ostenta carácter retribuido, pues nada refiere la Ley en contrario. Y, por último, ya en el plano del derecho internacional, el art. 5.2 del Convenio 103 de la OIT declara que las interrupciones derivadas de la lactancia deberán considerarse como horas de trabajo y retribuirse como tales. Por su parte, también la normativa comunitaria discurre por la senda de la retribución en el planteamiento del permiso de lactancia; tal y como refleja el preámbulo de la Directiva 92/85/CEE.

Otro elemento relevante en el análisis del contenido del derecho de lactancia es el incremento proporcional que experimenta la duración del derecho en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples. En efecto, como se sabe, cuando concurren éstas circunstancias, la dinámica del derecho se mantendrá inalterada, pero, según el tenor literal del ET “la duración se incrementará proporcionalmente”, lo que es tanto como decir que el tiempo de permiso se multiplicará por el número de hijos lactantes.

En fin, aun a riesgo de señalar lo evidente, conviene referir aquí que la Ley 39/1999 zanjó el debate sobre el disfrute del derecho por los trabajadores a tiempo parcial. En efecto, dado que la norma hace referencia al derecho del trabajador a reducir “su” jornada, las ausencias o reducciones de jornada por el ejercicio del permiso se producirán siempre en los términos temporales recogidos por este precepto (o las normas convencionales, en su caso); sin que exista ningún género de distinción motivada por el tipo de jornada que ocupase al trabajador.

La duración del derecho de lactancia se fija atendiendo a un criterio objetivo: la edad del hijo lactante, de forma que el trabajador disfrutará del permiso hasta que su hijo cumpla nueve meses. Como se observa, no cabe ningún tipo de juicio subjetivo que contemple las necesidades del lactante, y, por ende, del progenitor; sino que se establece un parámetro independiente de cualquier circunstancia subjetiva o ambiental. Así, el disfrute de la suspensión por maternidad

del art. 48.4 del ET no retrasa el inicio del cómputo de duración del derecho de lactancia, cuyo *dies a quo* coincide con la fecha del nacimiento del lactante y el *dies ad quem* con la del cumplimiento de los nueve meses de edad. Llegado este momento, el permiso de lactancia concluirá inexorablemente²³, aunque en la práctica negociadora resulta habitual que los convenios colectivos amplíen la duración²⁴. Además, el fallecimiento del hijo también determinaría la finalización del permiso, en tanto en cuanto la verdadera finalidad de este derecho es tutelar a éste, no al progenitor²⁵.

En relación al ejercicio del derecho, el ET atribuye al trabajador la facultad de elegir la forma de disfrute. Además, el art. 37.4 dispone que, en función de lo previsto en la negociación colectiva o lo acordado con el empresario, el trabajador pueda acumular el permiso para su disfrute en jornadas completas. Por último, una vez decidida la modalidad de disfrute, el trabajador podrá llevar a cabo la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute. Lo cual implica que, en principio, el trabajador será libre para fijar los momentos exactos en que se materializará el permiso que les reconoce el precepto. Sin embargo, dicha facultad no es omnímoda, pues está sujeta a ciertos límites. En primer lugar, y así lo certifica la doctrina científica de modo pacífico, esta prerrogativa del trabajador queda sometida a los principios generales de buena fe de los arts. 5 a) y 20.2 del ET y de abuso de derecho del 7.2 del CC; los cuales deberán ser aplicados en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Y, en segundo lugar y con un carácter más específico, el propio art. 37.7 del ET impone que el trabajador preavise al empresario con una antelación de quince días naturales, o la que se determine convencionalmente, de la fechas concretas en las que iniciará y finalizará el disfrute del permiso²⁶. No obstante, la observancia de tales plazos no será exigible en los casos de imposibilidad por fuerza mayor, concepto que deberá interpretarse aquí en un sentido amplio y flexible²⁷.

En cualquier caso, este derecho debe ser tomado con extrema precaución a la luz de lo dispuesto por el art. 139 de la LRJS, que recoge un procedimiento urgente y contra el que no cabrá recurso²⁸ para la resolución de cualquier discrepancia surgida entre empresario y trabajador sobre este punto; y que relativiza en gran

23 GARCÍA NINET, J.I., "Notas...", *op. cit.*, pp. 30 y 31.

24 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 92; citando el VII Convenio Colectivo de la empresa "Vigilancia Integrada" 2005-2008 y el XIII Convenio Colectivo de la Organización Nacional de Ciegos 2005-2009.

25 GARCÍA NINET, J.I., "Notas...", *op. cit.*, p. 31.

26 Dado que la Ley no ofrece ningún dato acerca de cuál habrá de ser la forma de dicha comunicación, habrá que estar a aquella que se determinase en el convenio colectivo o, en su defecto, a través del cualquier medio válido en Derecho.

27 Téngase en cuenta que la concurrencia de "fuerza mayor", entendida en un sentido estricto, requeriría más bien un permiso que eximiese completamente de la asistencia al trabajo y no la simple reducción de jornada o ausencia que prevé el art. 37.6; BALLESTER PASTOR, M.A., "El irreconocible...", *op. cit.*, p. 198.

28 Salvo cuando se hubiese acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación sería ejecutivo desde que se dictase la sentencia.

medida las conclusiones que podrían extraerse en un primer momento acerca del alcance de esta facultad. En efecto, la LRJS dispone que, en caso de que el empresario rechazase la propuesta del trabajador, éste dispondrá de un plazo de veinte días para reclamar ante el Juzgado de lo Social. Además, podrá acumular a la demanda la reclamación de daños y perjuicios derivados de la negativa del derecho o la demora en su efectividad, si bien el empresario quedará exonerado de esta posible responsabilidad cuando hubiese cumplido provisionalmente la propuesta que realizó el trabajador. La cuestión es que el precepto de la LRJS parte de la hipótesis de que el empresario rechace, definitiva o provisionalmente, la *propuesta* del trabajador; por lo que se aprecia un importante desajuste entre la norma estatutaria y su vertiente procesal. En efecto, el art. 37.7 del ET proclama categóricamente que será el trabajador quien fije los términos concretos del disfrute de los derechos previstos entre los puntos 4 y 8 del art. 37; pero, sin embargo, la literalidad del art. 139 de la LRJS conduce a pensar que la prerrogativa del trabajador no va más allá de *proponer* al empresario los términos de disfrute del derecho y, por tal motivo, ante la disconformidad de éste, será el trabajador quien actúe como demandante en el proceso²⁹. Todo ello arroja, pues, la conclusión de que los enunciados del art. 37.7 del ET sobre el ejercicio de los derechos de conciliación no pasan de ser una promesa vacía de contenido³⁰.

3. EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA LA ATENCIÓN DE LOS HIJOS PREMATUROS U HOSPITALIZADOS TRAS EL PARTO

La Ley 12/2001 amplió los derechos relacionados con la maternidad o la paternidad a través de un permiso específico para que el padre o la madre pudiesen prestar a su hijo nacido prematuramente o que, por cualquier otra razón, hubiese de ser hospitalizado tras el parto, las atenciones paternas que necesitase, dada su delicada situación. Lo que se traduce en visitarle durante el periodo de ingreso en el centro hospitalario. Pues bien, a tales efectos, el art. 37.5 del ET prevé un derecho de los progenitores a ausentarse del trabajo durante una hora o a reducir en dos horas su jornada diaria; y que puede extenderse hasta un máximo de trece semanas de duración. De este modo, el derecho surge con motivo de la hospitalización del recién nacido, ya fuese debida a un parto prematuro o a otra razón que exigiese dicha medida. Lo que el precepto exige es que el ingreso hospitalario se produzca “a continuación del parto”. No obstante, esta indicación debe interpretarse de manera flexible y, de esta manera, no se exige una inmediatez total y absoluta entre el parto y la hospitalización³¹.

29 VIQUEIRA PÉREZ, C., “El derecho a la reducción de jornada por motivos familiares y la prestación por desempleo”, en *Estudios Financieros*, n° 39/2006, p. 76.

30 En un sentido similar: CRUZ VILLALÓN, J., “El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado. (Comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)”, en *RMTAS*, n° extraordinario de 1999, p. 99.

31 De modo que incluiría supuestos que no encajasen de manera rigurosa en la literalidad de la norma, como serían los del recién nacido fuera del hospital pero debe ser trasladado al mismo, o los que son dados

Por lo que se refiere a la hospitalización de los hijos adoptados o menores acogidos, existen dudas sobre si sería posible la equiparación con la filiación biológica y, por tanto, cupiese también el disfrute del derecho. En este sentido se sostiene que, pese a la falta de referencia expresa en la norma, los adoptantes o acogedores de un recién nacido hospitalizado tras el parto también podrían hacer uso del permiso previsto por el art. 37.4 del ET³². Desde otra postura, se argumenta que el tenor literal de la Ley no parece dejar margen de dudas y, por tanto, no procedería esta extensión analógica³³. De modo que, según esta lectura, los adoptantes o acogedores del recién nacido hospitalizado deberían acudir en estos casos a otros derechos de conciliación de la vida laboral y familiar que sí fuesen compatibles con las adopciones o acogimientos; como podrían ser el permiso de lactancia o las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET.

En realidad, para valorar con plenas garantías la posible extensión del disfrute del derecho en los casos de adopción, es necesario remontarse a la finalidad última de la norma. Si se observa, el precepto se propone garantizar el cuidado de un hijo hospitalizado durante los primeros momentos de su vida; y ello, ligado a la práctica imposibilidad de adoptar a un recién nacido, haría comprensible la exclusión de estos casos. No obstante, esta finalidad última de la norma sí justificaría un tratamiento paralelo para los casos de filiación biológica y adoptiva, pero no la exclusión radical de estos últimos. Así, una posible solución sería articular un tratamiento equivalente para los casos en que la hospitalización tenga lugar tras la adopción, señalando, simplemente, un límite de edad para el hijo en cuestión.³⁴ Además, considero que, al hilo del análisis que ya se refirió durante el tratamiento del derecho a la lactancia, la exclusión de los hijos adoptivos del campo de aplicación del derecho comprendido en el art. 37.5 del ET podría considerarse contraria los arts. 39.2 y 14 de la CE y 108 del CC; por lo que, entiendo, sería conveniente una corrección normativa que recogiese, al menos, una protección equivalente para estos supuestos.

Respecto a su titularidad, tanto el padre como la madre podrán disfrutar, indistintamente, del permiso, si bien solo uno de ellos podrá hacer uso efectivo del mismo.

Respecto a su contenido, el permiso conferido por el art. 37.5 del ET contempla dos opciones alternativas para su disfrute: bien una ausencia del trabajo de una hora o bien una reducción de la jornada de dos horas, con una minoración pro-

de alta hospitalaria después del nacimiento pero de forma inmediata son nuevamente ingresados: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., p. 56.

32 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *ibidem*, p. 57.

33 LÓPEZ TERRADA, E., *El concepto de familia en el Estatuto de los Trabajadores: Identificación de los sujetos protegidos*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2003, pp. 84-85: A diferencia de otros preceptos estatutarios relacionados con el cuidado de los hijos, no se refiere sin más al "nacimiento" de un hijo, sino que precisa el supuesto de hecho que protege, reconociendo la equivalencia existente entre el nacimiento de un hijo prematuro y la necesidad de atención hospitalaria de un hijo "a continuación del parto".

34 VIQUEIRA PÉREZ, C., *Interrupción...*, op. cit., pp. 44-46.

porcional del salario en este último caso; quedando en manos del trabajador la opción por una u otra posibilidad.

La opción por la ausencia sigue un esquema prácticamente idéntico al que ya se analizó respecto del permiso de lactancia. Así, a salvo de la existencia de un pacto individual o colectivo en sentido contrario, el permiso deberá ubicarse en un tramo intermedio de la jornada diaria. Por lo que se refiere a los efectos retributivos de esta opción de disfrute, el trabajador no experimentará pérdida ni minoración alguna. Ello se desprende, en primer lugar, de que, cuando la Ley ha optado expresamente por la pérdida retributiva derivada del ejercicio de estos derechos de conciliación, así lo ha declarado expresa e inequívocamente, tal y como ocurre con la segunda alternativa que el art. 37.5 del ET prevé para que los trabajadores puedan atender a sus hijos recién nacidos hospitalizados; por lo que, a *sensu* contrario, debe interpretarse que, en este caso, no existe pérdida retributiva alguna. Además debe apreciarse la cercanía que, en todos los sentidos, guarda esta opción de disfrute del derecho con los permisos retribuidos del art. 37.3 del ET; que tampoco suponen ninguna pérdida retributiva.

Por su parte, como acaba de analizarse, la otra posibilidad que el art. 37.5 del ET pone a disposición del trabajador, la de reducir la jornada diaria de trabajo hasta en dos horas, sí acarrea la pérdida proporcional del salario; pues así lo prevé literalmente el precepto. Esta diferencia de efectos legales entre una y otra opción encuentra su razón de ser, a mi juicio, en la idea de que la reducción de jornada acarrea, en principio, un mayor desajuste en la organización empresarial y, por tanto, un mayor perjuicio para el empresario que la ausencia de ese mismo empleado en una fase intermedia de la jornada. En cualquier caso, cabe señalar que esta reducción salarial no supondría rebaja alguna en caso de una eventual indemnización legal, pues así lo establece el apartado 1 de la DA 18ª del ET.

La dinámica de la reducción de jornada para la atención del recién nacido hospitalizado no presenta, apenas, ninguna dificultad. Únicamente debe resaltarse que la Ley permite que dicha reducción sea de “hasta” dos horas, pero nada impide que el trabajador decida hacer sólo un uso parcial de esta facultad. Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurría con la reducción de la jornada derivada de la lactancia, en este caso la Ley no contempla la posibilidad de acumular el permiso en jornadas completas. Podría pensarse que la razón no es otra que la propia imposibilidad de prever con exactitud durante cuánto tiempo se dilatará el ingreso hospitalario; lo que impediría que, de modo alguno, se pudiese conocer cuántas reducciones de dos horas diarias deberían acumularse para eximir al trabajador de prestar servicios durante un número cierto de jornadas completas. Pero, en mi opinión, resulta evidente que una hipotética acumulación del permiso en jornadas completas chocaría de lleno con la finalidad del derecho, ya que lo que se trata de garantizar es el acompañamiento del recién nacido durante su hospitalización.

La extensión temporal del permiso para la atención de hijos hospitalizados tras el parto adolece de cierta indeterminación, dada la naturaleza de la coyuntura protegida. Respecto a su inicio, la ubicación temporal del permiso no presenta dificultades. El trabajador comenzará a disfrutar del derecho conferido por el art. 37.5 del ET desde el momento mismo del ingreso hospitalario del hijo; lo que, en circunstancias normales y dada la estructura de la norma, coincidirá con el nacimiento o en las fechas inmediatamente posteriores a éste³⁵. No obstante, si bien el *dies a quo* se localiza con una claridad total, el *dies ad quem* no puede concretarse a priori con exactitud; y es que, dado que el precepto vincula el disfrute del permiso a que el neonato permanezca hospitalizado, y la permanencia en el hospital se prolongará en mayor o menor medida según las circunstancias de cada caso, resultará imposible determinar con precisión hasta qué punto se extenderá el disfrute del permiso.

Por lo que se refiere a la dinámica del permiso para la atención de los hijos hospitalizados al nacer, el art. 37.7 del ET atribuye al trabajador la concreción horaria y la determinación de su periodo de disfrute. En realidad, el periodo de disfrute vendrá delimitado por la propia evolución de la salud del recién nacido y su permanencia en el hospital, con lo que no puede decirse que sea verdaderamente el trabajador quien lo determina. Pero, sobre todo, debe tenerse en cuenta que todo lo dispuesto por este art. 37.7 del ET no pasa de ser en la práctica, a la luz del art. 139 de la LRJS y tal y como se vio durante el estudio de la lactancia, una promesa vacía de contenido.

Un importante matiz que sí diferencia el régimen de ejercicio de los permisos por hospitalización de hijos recién nacidos y por lactancia guarda relación con el plazo de preaviso. En efecto, la incertidumbre que rodea al momento concreto en que finalizará el ingreso hospitalario y, por tanto, el permiso impide que el trabajador observe este requisito en los casos de hospitalización de hijos recién nacidos; lo que ha llevado la doctrina científica a declarar inaplicable el plazo de preaviso referido a la finalización del permiso³⁶. Todo ello sin perjuicio de que los principios generales de buena fe de los arts. 5 a) y 20.2 del ET y de abuso de derecho del art. 7.2 del CC obliguen al trabajador a preavisar en el menor lapso de tiempo posible.

4. EL DERECHO A LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR RAZONES DE GUARDA LEGAL Y CUIDADO DIRECTO DE FAMILIARES

El art. 37.6 del ET confiere al trabajador la posibilidad de reducir su jornada de trabajo ante el advenimiento de tres supuestos diferentes. Las razones que

35 Ya se vio anteriormente que la expresión “a continuación del parto” debe interpretarse de manera flexible, dada la finalidad del precepto. Con lo que se asume que puedan existir casos en los que el nacimiento y el ingreso hospitalario no se sucedan con una inmediatez absoluta.

36 NORES TORRES, L.E., “El artículo 37”, en AAVV, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores 2ª edición*, Valladolid (Lex Nova), 2012, p. 396 y GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., p. 59.

justifican dicha potestad, así como las condiciones de su disfrute, son distintas en cada uno de los tres casos, pero sí tienen un denominador común: las situaciones protegidas se centran siempre en la necesidad de atender a un familiar cercano o persona allegada.

4.1. GUARDA LEGAL DE MENORES DE DOCE AÑOS Y DE DISCAPACITADOS

El primero de los supuestos contemplados por el art. 37.6 del ET es el de que trabajador, por razones de guarda legal, tenga a su cuidado directo bien a algún menor de doce años o bien una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida. Así, ante tal eventualidad, el trabajador podrá reducir su jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración, con una disminución proporcional del salario.

La titularidad es individual y plena, lo que supone que, cuando sean varias las personas sobre las que recaiga ese “cuidado directo” del menor o del discapacitado, todas ellas generarán el derecho³⁷. No obstante, el último párrafo del art. 37.6 del ET establece que, cuando varios trabajadores de una misma empresa generasen el derecho a raíz del mismo sujeto causante (menor o discapacitado), el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

El derecho nace cuando, por razones de guarda legal, el trabajador tenga a su cuidado directo bien a un menor de doce años o bien a un discapacitado que no desempeñe actividad retribuida alguna. El concepto de “guarda legal” engloba, desde luego, la guardia y custodia de los progenitores y la tutela. Pero, además, la doctrina científica asume, de manera pacífica, que también quedaría incluido, sin ninguna duda, el acogimiento familiar. Por su parte, el cónyuge incapacitado también quedaría englobado, sin ninguna duda, en la categoría extensa de guarda legal, dados los deberes de cuidado y socorro que el art. 68 del CC impone a los consortes³⁸. E, igualmente, la situación de un ascendiente discapacitado, que no estuviese sometido a ningún tipo de tutela pero precisase el cuidado directo de otra persona, integraría las razones de “guarda legal” que generan el derecho a la reducción de jornada³⁹. Por todo ello, puede concluirse que el concepto de guarda legal ha de ser interpretado, por lo que aquí respecta, desde una perspec-

37 De esta forma, la titularidad no solo residirá en el cuidador principal, sino en todos y cada uno de los cuidadores simultáneos en los que concurran todos los requisitos exigidos por la norma: SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, p. 42.

38 LÓPEZ TERRADA, E., *El concepto...*, *op. cit.*, p. 47.

39 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, *op. cit.*, pp. 30 y 31: Por lo tanto, sería posible encuadrar la atención de estos ascendientes discapacitados en el primer supuesto del art. 37.6 del ET, sin que fuese necesario acudir al segundo caso previsto, el de los familiares que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos. De hecho, antes de su incorporación por vía de la Ley 39/1999, lo tribunales ya avalaban el cuidado de estas personas a través de la reducción de jornada por razones de guarda legal: STSJ de Castilla y León de 16 de enero de 1992 (rec. 664/1991).

tiva extensiva y que, de esta forma, abarcaría cualquier situación de hecho o de derecho que implicase una obligación de cuidado⁴⁰.

Por lo que se refiere a los sujetos causantes, éstos serán tanto el menor de doce años como la persona con una discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñe actividad retribuida alguna. Respecto al primero de ellos cabe destacar cómo, en consonancia con el incremento de la importancia otorgada por los poderes públicos a la conciliación de la vida familiar y laboral, se ha ido aumentando con las sucesivas reformas la edad máxima⁴¹ de los menores cuyo cuidado directo genera la reducción de jornada. La identificación del segundo sujeto causante previsto por el precepto, la persona con una discapacidad física, psíquica o sensorial, también exige algunas precisiones. Es claro que es discapacitada toda aquella persona que tuviese reconocido un grado de minusvalía igual o superior al treinta y tres por ciento; así como todo pensionista por incapacidad permanente de la Seguridad Social, ya fuese en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad⁴². Además, parece que la noción de persona discapacitada debiera interpretarse, a los efectos aquí referidos, en un sentido amplio; de manera que englobase también a toda persona que padezca cualquier tipo de dolencias o enfermedades médicas constatadas que alteren notoriamente su salud⁴³.

Por otra parte, resulta necesario que la persona discapacitada, cuyo cuidado directo genera este derecho, no desempeñe una actividad retribuida. Parece que, con este requisito, la norma exige que el discapacitado no pudiese costearse por sus propios medios la atención de un cuidador profesional. Sin embargo, dado el tenor literal del precepto, la reducción de jornada sí podría motivarse perfectamente por el cuidado directo de un discapacitado que, aun no desempeñando actividad retribuida alguna, percibiese ingresos derivados de una pensión o rentas patrimoniales. Pues bien, a este respecto, la doctrina científica⁴⁴ ha destacado una importante incoherencia jurídica, que pone en cuestión la pretendida finalidad de este requisito; puesto que es evidente que ni toda persona que realiza una actividad retribuida cuenta con ingresos suficientes para costearse los cuidados de un profesional ni todo aquél que no la desempeña carece de ellos⁴⁵. Por tanto, en mi opinión, una propuesta de *lege ferenda* que permitiría resolver con plena coherencia esta cuestión sería vincular el derecho no con el desem-

40 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *ibidem*, p. 30.

41 El tenor literal de la norma (“...algún menor de doce años...”) hace entender que será posible generar el derecho hasta el momento preciso en el que el sujeto causante alcanzase dicha edad.

42 De acuerdo al art. 4.2 de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobada por el RDL 1/2013.

43 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 112.

44 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, *op. cit.*, p.35 y LÓPEZ TERRADA, E., *El concepto...*, *op. cit.*, pp. 50 y 51.

45 LÓPEZ TERRADA, E., *ibidem*, p. 54.

peño, o no, de una actividad retribuida por parte del sujeto causante, sino con la efectiva percepción de un determinado nivel de rentas.

Concurrentes los requisitos que acaban de analizarse, el trabajador podrá reducir su jornada diaria de trabajo entre un octavo y la mitad de su duración, con la consiguiente merma proporcional de salario. Obsérvese que, tras la entrada en vigor de la Ley 3/2012, el ET circunscribe la reducción de jornada al ciclo “diario”; lo que supone un importante estrechamiento del marco de posibilidades del trabajador para ajustar su jornada de trabajo a las exigencias relacionadas con la atención del sujeto causante, en comparación con la diversidad de alternativas de las que gozaba hasta la citada reforma (como concentrar la reducción de jornada en determinados días de la semana o periodos del año)⁴⁶. En efecto, la actual configuración del derecho deteriora gravemente las prerrogativas que el trabajador tenía atribuidas en este terreno. En este sentido, resulta fácilmente imaginable que muchas de las necesidades del trabajador relacionadas con el art. 37.6 del ET solo se verían satisfechas mediante reducciones de jornada de una cierta extensión temporal; que le permitiesen, por ejemplo, atender a los hijos durante el periodo de vacaciones escolares o cuidar de un discapacitado a su cargo durante los días concretos de la semana en que la persona o centro que habitualmente se encargase de sus cuidados no pudiese hacerlo. Sin embargo, desatendiendo toda esta compleja realidad, la actual redacción del ET merma drásticamente la versatilidad de este derecho, en la medida en que encorseta la reducción de jornada en el módulo diario; lo que lo inutiliza ante muchas de las situaciones difíciles y comprometidas a las que, potencial y teóricamente, debiera ofrecer una salida válida. Y todo ello se da, además, en una materia tan sensible como es la conciliación de la vida familiar y laboral, lo cual ha suscitado las más duras críticas por parte de la doctrina científica⁴⁷.

Sea como fuere, en mi opinión, nada obsta a que la negociación colectiva, o incluso el pacto individual, permitan que, como en efecto sucedía hasta ahora en muchos casos, la reducción se acumule para su disfrute en jornadas completas; con lo que, sin duda, se alcanzarían con mayor precisión los objetivos conciliadores de esta norma⁴⁸. En efecto, la AN, en su Sentencia de 23 de mayo

46 La intensidad y gravedad de la reforma llevaron en su momento a algunos autores a atribuirle el efecto de provocar la expulsión laboral de aquellos trabajadores incapaces de asumir las responsabilidades familiares en un contexto de generalizado desentendimiento, gubernamental y empresarial, de la gestión del cuidado: BALLESTER PASTOR, M.A., “El irreconocible...”, *op. cit.*, p. 178.

47 Así, se ha reflejado que el derecho a la reducción de jornada del art. 37.6 del ET pierde su esencia y queda desdibujado: MONTOYA MEDINA, D., “Conciliación...”, *op. cit.*, p. 139. También, se ha reprobado el hecho de que esta reforma suponga el primer episodio legislativo que recorta el alcance de derechos previamente existentes en materia de conciliación: BALLESTER PASTOR, M.A., “El irreconocible...”, *op. cit.*, p. 176. O, siempre en un sentido muy crítico, se ha afirmado, incluso, que el tenor literal del art. 37.6 del ET no solo vacía de sentido práctico o efecto útil este derecho, sino que, incluso, vulnera el marco constitucional y el comunitario: MOLINA NAVARRETE, C., “Nuevo revés judicial a la reforma laboral: La reducción de jornada por guarda legal no se agota en la diaria”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 386, 2015, p. 154.

48 En contra: MONTOYA MEDINA, D., “Conciliación...”, *op. cit.*, p. 140, que entiende que el tenor literal de la Ley implica que la previsión de que, en los dos primeros supuestos del art. 37.6 del ET, la reducción se produzca sobre la jornada “diaria” constituye una norma de derecho necesario absoluto.

de 2015 (núm. 49/2015) reconoció a este aspecto de la Ley un valor de derecho necesario relativo; pues cualquier otra interpretación resultaría ajena a la finalidad de la propia norma y contraria a la eficacia de la reducción de la jornada y los derechos de conciliación de la vida profesional y familiar. Y, por su parte, el TS ha terminado por consagrar esta postura a través de sus SSTS de 18 de mayo de 2016 (rec. 198/2015) –que, precisamente, confirmaba la citada SAN de 2015– y de 15 de septiembre de 2016 (rec. 260/2015).

Para finalizar este análisis sobre el contenido del derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal, es preciso clarificar una última cuestión. Tal y como se ha encargado de esclarecer la doctrina unificadora del TS⁴⁹, el alcance del derecho previsto por el art. 37.6 del ET se ciñe al concepto estricto de reducción de jornada; con lo que quedan fuera de su ámbito objetivo las alteraciones en la propia organización del tiempo de trabajo, tales como las modificaciones que supusiesen una verdadera transformación del horario de trabajo⁵⁰ o el cambio del sistema de turnos⁵¹, que vendrían a ser, más que una reducción, una adaptación de la jornada⁵². Este otro tipo de variaciones solamente podrían llevarse a cabo a través del art. 34.8 del ET⁵³; cuya virtualidad, como se sabe, queda condicionada a su desarrollo convencional o un eventual acuerdo individual⁵⁴.

Por otra parte, una de las características fundamentales de esta reducción de jornada es la merma retributiva proporcional que experimentará el trabajador que decidiese hacer uso de este derecho. No obstante, la disminución no se producirá respecto al salario en su conjunto, pues sólo se verán reducidas las partidas salariales que estuviesen directamente vinculadas al tiempo de trabajo. De esta manera, el trabajador mantendrá indemnes los complementos salariales disfrutados *ad personam*, siempre que no sean fraccionables en atención al tiempo de trabajo efectivo y su justificación se mantenga con la reducción de jornada⁵⁵.

49 SSTS de 13 de junio de 2008 (rec. 897/2007) y de 18 de junio de 2008 (rec. 1625/2007).

50 De esta forma, la norma confiere al trabajador el derecho a reducir su jornada dentro del que venía siendo su horario ordinario, pero no le permite transformarlo o desplazarlo en bloque hacia delante o hacia detrás dentro del día de trabajo pero más allá de los parámetros horarios habituales.

51 Pese a que pueda afirmarse que no cabe instar el cambio del sistema de turnos a través del ejercicio del art. 37.6 del ET, el TC, en su Sentencia de 15 de enero de 2007 (rec. 6715/2003) entiende que dicho artículo sí comprende la posibilidad de que el trabajador concrete una jornada reducida que se concentre única y exclusivamente dentro de uno de los turnos rotativos que el trabajador venía desarrollando en su jornada ordinaria de trabajo.

52 Pese a haberse analizado aquí de manera específica para el caso de la reducción de jornada por razones de guarda legal, estas conclusiones son absolutamente exportables al resto de supuestos contemplados por el art. 37.6 del ET. De manera que los derechos programados en los párrafos 2º y 3º del citado precepto (para el cuidado directo de los familiares que no pudiesen valerse por sí mismos y los hijos menores enfermos de gravedad respectivamente) también consisten en una “reducción de la jornada” en sentido estricto.

53 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, op. cit., p. 18, VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación...”, op. cit., edición digital.

54 En este mismo estudio se dedica, íntegramente, un epígrafe al tratamiento y análisis del derecho a la adaptación de jornada recogido en el art. 34.8 del ET.

55 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, op. cit., p. 46. Para un estudio detallado de cada una de las posibles percepciones salariales y su pérdida proporcional o conservación en los casos de

Por su parte, la DA 19ª del ET, amparada por la LOI 3/2007, establece que las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET⁵⁶ no tendrán reflejo en el cálculo de las indemnizaciones que pudieran corresponder al trabajador.

4.2. CUIDADO DIRECTO DE FAMILIARES QUE NO PUEDAN VALERSE POR SÍ MISMOS

También tiene derecho el trabajador a reducir la jornada diaria entre un octavo y la mitad de su duración para encargarse del cuidado directo de un familiar con un parentesco de hasta segundo grado, que no pudiese valerse por sí mismo y no desempeñase una actividad retribuida.

Por lo que se refiere a su titularidad, el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de familiares presenta el mismo esquema que se expuso respecto a la reducción de jornada por razones de guarda legal. Por su parte, también el contenido del derecho es aquí idéntico al que ya se refirió durante el análisis de la reducción de jornada por razones de guarda legal. Y existe una última simetría entre los dos primeros supuestos de reducción de jornada recogidos por el art. 37.6, que es la relativa a su hecho causante. En efecto, tanto en este caso como en el anteriormente estudiado el derecho surgirá cuando al trabajador se le presente la necesidad de prestar cuidados directos a una tercera persona, que será el sujeto causante. Pero es respecto a ese sujeto causante donde sí se diferencian la reducción de jornada del primer supuesto, que se origina por el cuidado directo de un menor de doce años o un discapacitado, y esta otra, que se analiza ahora y viene motivada por el cuidado directo de un familiar que no pueda valerse por sí mismo.

Esa tercera persona cuyo cuidado directo motiva el derecho, se define a partir de cuatro elementos configuradores: que se trate de un familiar del trabajador, que no pueda valerse por sí mismo, que su situación menesterosa responda a razones de edad, accidente o enfermedad y que no desempeñe una actividad retribuida. Solo cuando en el sujeto causante concurren todas y cada una de estas notas características, el trabajador podrá articular la reducción de jornada prevista por el párrafo 2º del art. 37.6 del ET.

Respecto al elemento del parentesco, la norma exige que el sujeto causante esté conectado por lazos de consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado, con el trabajador. Pese a que a la luz de la literalidad del precepto ni el cónyuge ni los parientes por adopción parecerían quedar comprendidos en el espectro de la norma, no pueden albergarse dudas de que, también dichos parientes, originarán el derecho a la reducción de jornada; pues el reconocimiento expreso y la protección constitucional del matrimonio (art. 32 CE) y todos los hijos con independencia de su filiación (art. 39 CE) no podrían conducir a otra conclusión. Sin embargo, la cuestión no está tan clara por lo que se refiere a la pareja

reducción de jornada en virtud del art. 37.6 del ET, véase: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., pp. 125-128.

56 Establece lo mismo para los apartados 5 y 8 de este mismo art. 37 del ET.

de hecho. En efecto, parece que la firme opción del legislador es la de excluir de la aplicación de este derecho a las parejas de hecho⁵⁷; lo cual implica que, con la configuración actual de la norma, el mismo trabajador podría, por ejemplo, reducir su jornada de trabajo para cuidar del marido de su hermana pero no podría, en cambio, hacerlo para cuidar de la madre de sus hijos, con la que constituyese una pareja de hecho. Siendo ello así, en mi opinión, resulta del todo gráfico y evidente que dicha exclusión no se ajusta, en absoluto, a la finalidad de la norma; por lo que coincido en que sería oportuno desvincular definitivamente la cuestión del cuidado del grado de parentesco. De este modo, se permitiría acceder a los derechos previstos en este campo a los cuidadores efectivos, con independencia de sus lazos legales o familiares con la persona afectada⁵⁸.

La segunda y la tercera notas características requeridas por la norma vienen a converger, pues son causa y consecuencia la una de la otra. Se trata de que el sujeto causante no pueda valerse por sí mismo y dicha situación de necesidad se deba a su edad, a una enfermedad o a un accidente. Dado que la norma no exige nada al respecto, ha de entenderse que concurre la exigencia de que el sujeto “no pueda valerse por sí mismo” tanto en los casos en que existiese una declaración formal y con relevancia jurídica acerca de su situación de invalidez como cuando, de hecho, el familiar del trabajador no pudiese desenvolverse sin ayuda de un tercero en alguna de las parcelas vitales. A este respecto, será el propio trabajador interesado en ejercitar el derecho a la reducción de jornada quien deba probar la concurrencia de tales circunstancias en su familiar, el sujeto causante, de acuerdo al art. 217.2 de la LEC⁵⁹ y el criterio sostenido por los Tribunales y la doctrina científica⁶⁰. En este sentido, cuando exista una resolución de la entidad gestora en que se declare alguna de las incapacidades previstas en la LGSS, o bien la condición de dependiente en alguno de los grados previstos en la Ley 39/2006, no existiría, en realidad, ningún problema probatorio. Sin embargo, habrá otras ocasiones en las que, pese a concurrir, de hecho, la situación de necesidad del familiar del trabajador, no se cuente, a priori, con esta acreditación de carácter oficial. Y es, en tales casos, cuando deberá probarse, a instancia de parte y a través de cualquier medio válido en derecho, que el sujeto causante no puede valerse por sí mismo en alguna parcela de la vida cotidiana; sin que pueda exigirse, necesariamente, una situación de extrema gravedad.

La Ley exige que dicha situación de necesidad o dependencia se deba a razones de edad, accidente o enfermedad. Estos dos últimos sucesos no presentan

57 LÓPEZ TERRADA, E., *El concepto...*, *op. cit.*, pp. 52 y 53.

58 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, *op. cit.*, p. 38, todo ello en un contexto social en el que los vínculos familiares estrictos se van debilitando y flexibilizando cada vez más.

59 “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

60 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, p. 116, con cita de la STSJ de La Rioja de 2 de junio de 2005 (rec. 119/2005).

mayores dificultades interpretativas, ya que, normalmente, existirá un informe médico que concretará las circunstancias específicas de cada caso; por lo que será sencillo acreditar que al enfermo o accidentado le es imposible valerse por sí mismo. Sin embargo, dada su genérica formulación, el supuesto de la edad sí presenta alguna dificultad. En primer lugar porque, obviamente, no existirá ningún documento en el que se acredite, a priori, que la edad, en sí misma, impide al sujeto causante valerse por sí mismo en alguna parcela de la vida cotidiana; por lo que será necesario que el interesado acredite tales extremos de acuerdo a lo analizado anteriormente. Pero, además, por otro lado, también debe plantearse la cuestión de si la Ley contempla únicamente la atención de personas mayores o si, por el contrario, el trabajador también podría instar la reducción de jornada aduciendo el cuidado directo de un menor que superase el umbral de edad establecido en el primer supuesto del art. 37.6 del ET. En concreto la idea que se baraja es si los menores que ya hubiesen cumplido los doce años, y por tanto quedasen fuera del ámbito de aplicación del primer supuesto de reducción de jornada del art. 37.6 del ET, podrían quedar incluidos en este segundo supuesto cuando les uniese al trabajador un vínculo de parentesco de hasta segundo grado. Desde luego, la genérica literalidad del precepto a la hora de referirse a la “edad” podría llevar a pensar que también los familiares de edad temprana, pero ya mayores de doce años, generarían la reducción de jornada contemplada por el párrafo 2º del art. 37.6 del ET⁶¹. La cuestión es que esta posibilidad se planteó en sede doctrinal durante una situación de vigencia en la que la edad de referencia del párrafo primero de dicho artículo era de sólo ocho años⁶²; y, en mi opinión, dada la configuración actual de la norma, dicho debate, quizá, haya perdido en cierta medida su virtualidad, pues no considero que la edad a partir de estos doce años pueda ser, en sí misma y sin que concurra ninguna otra circunstancia específica, una situación objetiva de dependencia.

La última nota característica que debe concurrir es la de no desarrollar una actividad retribuida; requisito común con el supuesto de las personas con discapacidad que se encontrasen bajo el cuidado directo del trabajador por razones de guarda legal, que ya se analizó anteriormente con las debidas objeciones.

4.3. CUIDADO DE MENORES A CARGO AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

El tercer párrafo del art. 37.6 del ET prevé que los padres del menor de dieciocho años que se encontrase afectado de cáncer u otra enfermedad grave podrán

61 Dado que la falta de matices de la redacción legal favorecería una comprensión del precepto favorable a la inclusión de la incapacidad de valerse por sí mismo propia de la minoría de edad: LÓPEZ TERRADA, E., “Permisos parentales y conciliación”, en A.A.VV. *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2010, p. 155.

62 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, op. cit., pp. 41–42; GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., p.117–118; LÓPEZ TERRADA, E., *El concepto...*, op. cit., pp. 53–54.

reducir su jornada de trabajo, al menos, en un cincuenta por ciento; con la consiguiente merma salarial. Así, serán titulares del derecho tanto los progenitores como los adoptantes y acogedores, ya se tratase de un acogimiento preadoptivo o de carácter permanente.

El hecho causante viene referido, de nuevo, al cuidado directo de una tercera persona que se encuentra necesitada y con la que, en este caso, se guardan lazos de paternidad en sentido amplio (filiación natural o adopción, o bien acogimiento). Lo determinante para que el trabajador pueda reducir su jornada de trabajo será la concurrencia de dos requisitos en la persona de este sujeto causante, aparte del propio vínculo que le une al titular del derecho. En primer lugar, el sujeto causante deberá estar aquejado bien de cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o bien cualquier otra enfermedad grave que precisase ingreso hospitalario de larga duración (lo cual, a su vez, debe quedar debidamente acreditado por los servicios públicos de salud). Y, en segundo lugar, debe tratarse de un menor de dieciocho años. Así, si, una vez ya se estuviese disfrutando dicha reducción de jornada, el sujeto causante alcanzase la edad de dieciocho años, el derecho se extinguiría de manera automática e irremisible. No obstante, no parece peregrino sostener que, una vez ya cumplidos los dieciocho años por parte del sujeto causante, esta difícil coyuntura podría pasar vehicularse a través del segundo supuesto de reducción de jornada previsto en este mismo artículo 37.6 del ET, el del cuidado directo de un familiar; pues, de hecho, así había de hacerse con carácter general hasta la entrada en vigor de este tercer párrafo, en el año 2011. Ciertamente, las posibilidades de reducción de la jornada de trabajo menguarían llegados a este punto; pero considero que ello encuentra justificación en que la verdadera finalidad de la norma es la de proteger de un modo específico la severa situación en que se encuentra el trabajador cuyo hijo gravemente enfermo es, además, menor de edad.

En fin, por lo que se refiere a su contenido, este tercer supuesto solo presenta dos divergencias respecto a las dos reducciones de jornada anteriormente examinadas (las derivadas de la guarda legal y el cuidado directo de un familiar). La primera de ellas consiste en que, ahora, la jornada deberá reducirse, al menos, en la mitad de su duración. Este elevado mínimo parece reflejar una voluntad restrictiva por parte del legislador, que limita el ejercicio de este derecho a aquellos casos en los que las circunstancias concurrentes sean realmente graves y requieran una profunda readaptación del tiempo de trabajo. No obstante, entiendo que no existiría problema alguno en que, ya fuese a nivel individual o colectivo, se permitiese al trabajador reducir su jornada por cuidado de menores enfermos a partir de coeficientes inferiores al cincuenta por ciento. Y, además, en el párrafo tercero del art. 37.6 del ET se prevé expresamente que, por convenio colectivo, se podrá pactar que la reducción de la jornada de trabajo por cuidado de menores enfermos se acumule en jornadas completas. Como se sabe, para los dos primeros supuestos el precepto establece que la reducción se producirá de

manera específica sobre la jornada “diaria”, pero nada se dice sobre su posible acumulación en jornadas completas. Ahora bien, a mi entender, esta previsión del párrafo tercero no supone una verdadera diferencia entre la reducción de jornada por cuidado de menores enfermos y las de los dos supuestos anteriores; pues, tal y como ya se explicó, también en aquéllos resultaba posible que, tanto en sede colectiva como individual, se permitiera que el trabajador acumulase la reducción de jornada en días completos de ausencia.

4.4. EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA REDUCCIÓN DE JORNADA DEL ART. 37.6 DEL ET

De la dinámica de ejercicio del derecho a las reducciones de jornada de los tres supuestos del art. 37.6 del ET se ocupa el art. 37.7 del ET, que, como se sabe, también regula el ejercicio del permiso de lactancia. De esta manera, será al trabajador a quien corresponda la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute de las reducciones de jornada programadas por el art. 37.6. Pero con la sujeción a los límites que ya se vieron con ocasión del derecho a la lactancia: en primer lugar, el respeto a los principios generales de buena fe de los arts. 5 a) y 20.2 del ET y de abuso de derecho del 7.2 del CC y, en segundo lugar y con carácter más específico, la necesidad de preavisar al empresario con una antelación de quince días, o la que se determine convencionalmente, de la fechas concretas en las que se iniciará y finalizará la reducción de jornada. Además, en caso de discrepancia entre las partes acerca de su disfrute, también será aplicable el procedimiento urgente e irrecurrible⁶³ previsto por el art. 139 de la LRJS⁶⁴.

Sin embargo, la DA 1ª de la Ley 3/2012 introdujo una importante especificidad en el ejercicio del derecho a las reducciones de jornada del art. 37.6 del ET y, en su vigente redacción, el art. 37.7 del ET prevé la posibilidad de que los convenios colectivos establezcan criterios para la concreción horaria de las tres reducciones de jornada previstas por el art. 37.6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y a las necesidades productivas y organizativas de las empresas. Como se observa, esta reforma normativa abre la puerta a que la negociación colectiva condicione el ejercicio del derecho a la reducción de jornada ante determinadas circunstancias relacionadas con la organización y productividad de la empresa. Tal giro legislativo supone un empobrecimiento de los derechos de conciliación contenidos en el art. 37.6 del ET, que hasta la entrada en vigor de la Ley 3/2012 se ejercitaban, única y exclu-

63 Salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación, en cuyo caso el pronunciamiento sobre las medidas de conciliación será ejecutivo desde que se dicte la sentencia.

64 Con las suspicacias planteadas por la doctrina científica acerca del desajuste entre la vertiente sustantiva y procesal del derecho a la determinación y concreción del disfrute de los permisos y reducciones de jornada de los puntos 4 a 7 del art. 37 del ET durante el análisis del ejercicio de la lactancia, en el primer epígrafe de este trabajo.

sivamente, con acuerdo a las necesidades y preferencias del trabajador⁶⁵. En fin, cabe matizar que tal limitación solo podrá producirse en una medida razonable, pues incurriría en abuso de derecho una restricción tal del ejercicio del derecho que llevase a su práctico vaciamiento. Y, además, todo ello no debe confundirse con una rebaja en el contenido objetivo de este derecho, que siempre deberá mantenerse, al menos, en los términos cuantitativos reconocidos por la Ley⁶⁶; pudiendo reputarse como nulas las cláusulas convencionales que restringiesen el contenido legal del derecho⁶⁷.

5. EL DERECHO A LA REDUCCIÓN Y ADAPTACIÓN DE JORNADA DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO O DE TERRORISMO

El punto 8 del art. 37 reconoce un derecho a la reducción de jornada, así como a su adaptación, para aquellas trabajadoras y trabajadores que tuviesen la consideración de víctimas de violencia de género o de terrorismo. El titular de este derecho será, por tanto, todo aquel trabajador que fuese, bien víctima de violencia de género, o bien víctima de terrorismo. Este derecho, cuya finalidad declarada es que las víctimas hagan efectivo su derecho a la protección o su acceso a la asistencia social, fue diseñado, con carácter inicial, exclusivamente para las víctimas de violencia de género; si bien, con posterioridad, se añadió al campo subjetivo del art. 37.8 del ET también a las víctimas de terrorismo.

Respecto a su contenido, el derecho contempla dos posibles alternativas. En primer lugar se prevé una reducción de la jornada de trabajo con la correspondiente rebaja retributiva proporcional. Es importante precisar que el ET, a diferencia con lo que ocurre con las situaciones previstas por el art. 37.6, no circunscribe la reducción de jornada al ciclo “diario” y tampoco refleja ningún porcentaje máximo ni mínimo en su cuantía; lo que da idea de que las posibilidades ofrecidas al trabajador son mayores. Pero, en cualquier caso, resulta que el precepto confiere al trabajador o trabajadora víctima de violencia de género o terrorismo una segunda alternativa, consistente en llevar a cabo una verdadera reordenación de la jornada laboral. Así, se abre la puerta a que el trabajador reorganice su tiempo de trabajo en sentido amplio; lo que, por tanto, sí incluiría la adaptación del horario, o incluso la aplicación del horario flexible, y el cambio de turno.

En fin, cabe por último analizar el ejercicio de este derecho, bien a la reducción de jornada, bien a su verdadera adaptación, previsto por el art. 37.8 del ET. En prin-

65 En un sentido similar: BALLESTER PASTOR, M.A., “El irreconocible...”, *op. cit.*, pp. 198–199.

66 Tal y como sostiene el TS, los apartados 6 y 7 del art. 37 del ET no regulan dos derechos independientes, sino uno solo, la reducción de la jornada en el apartado 6 y la extensión en la que puede ejercitarse con arreglo al apartado 7. Por lo tanto, cualquier reforma normativa del apartado 7, como es la aquí analizada, no puede suponer, en ningún caso, un cambio en el contenido sustancial del derecho que reconoce el apartado 6: SSTs de 13 de junio de 2008 (rec. 897/2007) y de 18 de junio de 2008 (rec. 1625/2007).

67 MONTOTOY MEDINA, D., “Conciliación...”, *op. cit.*, p. 142, con apoyo en la doctrina judicial del TC, que pone de relieve la relevancia constitucional de estos derechos, dado su entronque con el derecho a la no discriminación y el mandato de protección de la familia y la infancia de los arts. 14 y 39 de la CE.

cipio, el párrafo 2º del 37.8 se remite al acuerdo que las partes alcanzasen acerca de los términos concretos de ejercicio de la reducción o adaptación de jornada, con respeto, en su caso, a los criterios que a tal efecto se hubiesen previsto en la negociación colectiva. Ante la hipótesis de que no se alcanzase un acuerdo pacífico por estas vías, el ET afirma que será el trabajador quien realice la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute del derecho; en consonancia con lo previsto por el art. 37.7 del ET para los permisos y reducciones de jornada por lactancia, nacimiento de hijos prematuros, guarda legal o cuidado directo de familiares. Lo que ocurre es que, como se sabe, el régimen procesal previsto por el art. 139 de la LRJS para la resolución de cualquier conflicto relacionado con los derechos de conciliación recogidos en el art. 37 del ET reduce ese derecho a la concreción horaria del trabajador, anunciado por el ET, a una mera *propuesta*.

6. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE JORNADA POR RAZONES PERSONALES Y FAMILIARES DEL ART. 34.8 DEL ET

El art. 34.8 del ET establece que los trabajadores podrán adaptar su jornada de trabajo, para así hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, de acuerdo a lo pactado con el empresario o lo previsto en convenio. Como se vislumbra con toda claridad, la finalidad esencial de este derecho es la de proteger la esfera privada del trabajador, ofreciéndole la posibilidad de reorganizar su tiempo de trabajo ante determinadas circunstancias de índole tanto familiar como personal; por lo que prácticamente cualquier situación particular del trabajador que hiciese deseable una adaptación de jornada podría llegar a ser incardinable en este campo objetivo. Todo ello no obstante, parece que la norma supedita el disfrute real y efectivo de este derecho, bien al acuerdo individual, o bien a su reconocimiento convencional explícito. Y este punto constituye, como se verá, el principal escollo en la interpretación del precepto.

Respecto a su titularidad, queda fuera de toda duda que se trata de un derecho que podrá ser disfrutado de igual manera tanto por los hombres como por las mujeres trabajadoras. Ninguna otra conclusión podría extraerse de una visión panorámica de la normativa, tanto nacional como comunitaria, y el sentido de la línea interpretativa que los tribunales sostienen respecto a la titularidad de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral; basada en el, así acuñado, principio de corresponsabilidad entre sexos⁶⁸.

Por lo que se refiere a su contenido, este derecho comprende toda variación de la jornada de trabajo, tenga la naturaleza que tenga. En este sentido, puede afir-

68 En un sentido similar: SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, op. cit., p. 27, LAHERA FORTEZA, J., "Organización flexible del tiempo de trabajo y conciliación familiar", en *Documentación Laboral*, nº 100, 2014, p. 41. No obstante, el bien jurídico protegido, desvinculado de connotaciones de sexo y género, no es sino la familia; y, por ello, debe entenderse que la titularidad no recae tanto en la figura de la persona trabajadora como en la globalidad de los miembros de la familia: SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., "Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (reflexiones en torno a la STC 24/2011)", en *REDT*, nº 155, 2012, pp. 271-274.

marse que se trata de un derecho complementario de los recogidos en el art. 37.6 del ET, ya que las limitaciones propias de estos derechos los harían insuficientes para proteger por sí solos todas y cada una de las innumerables situaciones de necesidad concurrentes en el campo de la conciliación. En efecto, es a través de ese derecho desde donde habrán de vehicularse las pretensiones del trabajador relacionadas con la jornada de trabajo que excediesen del concepto estricto de “reducción de jornada” de los puntos 4, 5 y 6 del art. 37 del ET. Así, mediante esta otra vía para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, los trabajadores podrán instar cualquier tipo de transformación o reorganización del tiempo de trabajo; incluidas aquéllas de naturaleza *cualitativa*, como podrían ser el cambio de turno o la variación del horario. Pero, además de las modificaciones de índole cualitativa, debe recordarse que esta norma también permite adaptar la “duración” de la jornada; lo que, por su parte, también autorizaría a acometer reducciones de jornada que excediesen de los parámetros temporales-cuantitativos fijados por los arts. 37.4, 37.5 y 37.6 del ET, o bien no encontrasen en ellos amparo causal. Además, debe valorarse que el término “vida personal” desborda el concepto estricto de familia que recogen los derechos de conciliación del art. 37 del ET, por lo que queda claro, de nuevo, que el derecho contenido en el art. 34.8 del ET complementa a los anteriores.

El verdadero problema aplicativo del art. 34.8 del ET radica en determinar su grado de efectividad; esto es, si contiene, o no, un derecho directamente exigible. Como se sabe, el precepto reconoce el derecho a la adaptación de jornada “...en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que se llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto por aquélla”. Resulta evidente, pues, que cuando el convenio colectivo se pronunciase sobre estos extremos o se hubiese llegado a un acuerdo concreto con el empresario, no habría más que remitirse a los mismos y, en función de lo pactado, determinar la viabilidad de lo pretendido por el trabajador en cada caso concreto. La cuestión, por tanto, es qué sucede en el supuesto de que el convenio colectivo, por su parte, no dote de unas pautas de acceso y un contenido específico a este derecho y, además, empresario y trabajador, a nivel individual, no llegasen a un acuerdo sobre el particular. En estos casos, ¿puede el trabajador ejercer de manera unilateral el derecho que le reconoce la norma? ¿Cuál es, por tanto, la auténtica virtualidad del art. 34.8 del ET? ¿Se reconoce un verdadero derecho o se trata simplemente de una enunciación programática?

La doctrina científica mayoritaria se posiciona en apoyo de la exigibilidad y efectividad directa de este derecho⁶⁹. Desde esta postura se defiende que la referencia a la negociación colectiva y al acuerdo individual tiene un sentido no con-

69 Para un elenco de numerosas obras y autores orientados en esta línea: GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, op. cit., p. 84. Pese a ello, las propias autoras de dicho trabajo se muestran contrarias a esta interpretación doctrinal mayoritaria y abogan por que, a falta de desarrollo convencional o acuerdo individual, deberá entenderse que el derecho a la adaptación de jornada contemplado en el art. 34.8 del ET “quedará en nada” (p. 88).

dicional, sino secundario; que recuerda, por un lado, la jerarquía de fuentes del derecho laboral y, por otro, las distintas posibilidades negociales en la delimitación de los derechos plenos de naturaleza imprecisa⁷⁰. En este sentido, también se relaciona la virtualidad práctica del art. 34.8 del ET con el contenido mínimo que el art. 85 impone a los convenios colectivos, afirmando que, a pesar de que el propio derecho a la adaptación de jornada y sus términos de ejercicio pendan de su desarrollo convencional o contractual, el convenio colectivo que guardase silencio respecto al llamamiento del art. 34.8 podría, incluso, llegar a ser considerado indirectamente discriminatorio por no abordar estos extremos⁷¹.

En cualquier caso, es posible, también, encontrar otras opiniones doctrinales que convergen con indubitada firmeza en la idea de que el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET carece por sí mismo, y al margen del acuerdo convencional o individual al respecto, de una eficacia directa o autónoma. Por lo que, sin el respaldo del convenio colectivo o la aprobación del propio empresario, el trabajador no podría ejercitar el derecho que proyecta este precepto⁷².

No obstante, pese a que la opinión más extendida entre la doctrina científica sea que el derecho a la adaptación de jornada goza de exigibilidad y aplicabilidad directa, el juicio de los tribunales discurre por la dirección opuesta. En efecto, el TS estima que, sin desarrollo convencional ni acuerdo individual al respecto, el art. 34.8 del ET carece de eficacia práctica. En este sentido, su Sentencia de 13 de junio de 2008 (rec. 897/2007) dictamina que la Ley condiciona el ejercicio del art. 34.8 del ET “a los términos establecidos en la negociación colectiva o en el acuerdo que se llegue con el empresario, respetando lo previsto en aquel; y lo contrario sería admitir un cambio de horario por decisión unilateral del trabajador carente de apoyo legal”. También la STS de 19 de octubre de 2009 (rec. 3910/2008), en esta misma línea, razona que el art. 34.8 del ET no “delega sin límites en el beneficiario de la conciliación la configuración del derecho de adaptación de jornada”, habida cuenta de esa sujeción al desarrollo y concreción convencional o contractual⁷³. Además, debe apreciarse que, la existencia de todo un conjunto de medidas dirigidas a garantizar la conciliación de la vida familiar y laboral, compuesto de dos vías paralelas y con un alcance diferente (los derechos de conciliación del art. 37 del ET, por un lado, y, el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET, por otro), lleva al TS a afirmar que esa

70 SALA FRANCO, T., BALLESTER PASTOR M.A., *Reducción...*, *op. cit.*, pp. 52-54: que, en esta misma línea, prosiguen afirmando que esa referencia a la negociación colectiva tiene un carácter meramente recordatorio.

71 VIQUEIRA PÉREZ, C., “Derechos de conciliación...”, *op. cit.*, edición digital. En contra, afirmando que no es estrictamente necesario que el convenio colectivo dote de un contenido específico al derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 del ET, pues ello no forma parte del contenido mínimo que le impone el art. 85; sino que, simplemente, se encuentra dentro del escenario de un deber de negociar: LAHERA FORTEZA, J., “Organización...”, *op. cit.*, p. 41.

72 GARCÍA TESTAL, E., LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos...*, *op. cit.*, pp. 88-89, LAHERA FORTEZA, J., “Organización...”, *op. cit.*, p. 45.

73 Otras Sentencias del Tribunal Supremo que aducen estos mismos argumentos son las SSTs de 18 de junio de 2008 (rec. 1625/2007) o de 20 de mayo de 2009 (rec. 2286/2008).

virtualidad condicionada al desarrollo y concreción convencional o contractual del derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET no conculca el deber de aseguramiento de la protección social y jurídica de la familia por parte de los poderes públicos, en los términos del art. 39 de la CE⁷⁴. En fin, por su parte, entre los TSJ imperan, asimismo, las resoluciones que abogan por la falta de eficacia directa del derecho a la adaptación de jornada⁷⁵. Y, por último, también el TC participa de la idea de que la exigibilidad del derecho de adaptación de jornada del art. 34.8 del ET queda supeditada a la existencia de un acuerdo convencional o individual sobre el particular. Así se explicita claramente en su Sentencia 24/2011 de 14 de marzo. No obstante, es preciso destacar que esta interpretación de la norma se matiza y complementa con su Sentencia 26/2011, curiosamente de ese mismo día, en la que se proscribe la negativa empresarial que fuese absolutamente indiscriminada y carente de fundamento objetivo y razonable alguno, dado el innegable valor constitucional de los intereses jurídicos en juego.

Resumen de todo ello es, en mi opinión, que sin un desarrollo específico en el convenio colectivo y a falta de acuerdo con el empresario, el derecho a la adaptación de jornada del art. 34.8 del ET no podrá ser ejercido unilateralmente por el trabajador. Pues si, la verdadera intención del legislador hubiese sido reconocer de manera específica un derecho de contenido concreto y exigibilidad directa, así lo hubiese dispuesto; tal y como sucede con las ausencias y reducciones de jornada programadas por los puntos 4, 5, 6 y 8 del art. 37 del ET, para cuyo ejercicio el 37.7 confiere a los trabajadores la potestad de determinar y concretar tanto el horario como el periodo de disfrute. Sobre esta misma línea argumental destaca la última reforma normativa del precepto, operada por la Ley 3/2012, en la que el legislador añade un segundo párrafo al art. 34.8, en el que se dispone que “...a tal fin se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo...” que mejoren la compatibilidad entre la conciliación y la productividad de las empresas. Desde luego, la expresión *se promoverá* no puede sino dejar patencia de que la intención sostenida y deliberada del legislador es exactamente esa: conferir a este artículo un carácter programático o intencional dirigido a la negociación colectiva, en primer lugar, y, en su defecto, a la voluntad de las partes. Sobre todo si se valora que en el momento de llevar a cabo esta reforma el legislador era ya buen conocedor de todo el debate doctrinal que ha rodeado al carácter o natu-

74 STS de 19 de octubre de 2009 (rec. 3910/2008).

75 Si para muestra basta un botón, resulta especialmente gráfico el razonamiento seguido por la STSJ de Castilla la Mancha de 3 de diciembre de 2008 (rec. 32/2008), que expone que el art. 34.8 del ET “no reconoce un derecho efectivo tangible y exigible, en cuanto que la remisión bien a la negociación colectiva o al acuerdo individual para su efectiva implantación, comporta que, hasta que la misma no se produzca, estamos, de una parte, ante un derecho carente de todo contenido eficaz y, de otra, ante un llamamiento, una invocación a los interlocutores sociales, y a empresarios y trabajadores, para que hagan algo que, incluso sin la existencia del precepto, podían ya hacer, como es negociar esa posibilidad de conciliación, que no está sujeta en realidad a mínimos legales de clase alguna”. O también la reciente STSJ de Madrid nº 809/2012 (rec. 3621/2010), que se pronuncia en esta misma línea.

raleza del derecho a la adaptación de jornada desde su incorporación al ET. Por último, si se quiere, también la propia ubicación sistemática del precepto al final del art. 34, que regula la jornada ordinaria de trabajo, y lejos del clausulado que recoge los genuinos derechos de conciliación, da idea de que nos encontramos, más bien, ante un llamamiento para que la negociación colectiva *promueva* la conciliación de la vida familiar, personal y laboral, dentro de la regulación de la jornada ordinaria. Siendo tan claro e incuestionable el criterio del legislador, no pueden los órganos jurisdiccionales asumir las funciones legislativas de éste para reconfigurar la virtualidad de un derecho. Pues no es ese su papel, tal y como se ha encargado de recordar el TS en alguna ocasión⁷⁶. Así como tampoco el de la doctrina científica.

Todo ello no obstante, los principios generales de los arts. 5 a) y 20.2 del ET, aquí potenciados por la dimensión constitucional de los intereses jurídicos en juego, obligan a negociar de buena fe en aras de la consecución de acuerdos concretos. Lo que, ante la falta de regulación específica en el convenio colectivo, impide al empresario situarse en una negativa indiscriminada ante cada propuesta razonable del trabajador⁷⁷. Y, del mismo modo, tampoco parece que pueda negársele al trabajador el acceso a la vía judicial, a través del procedimiento urgente e irrecurrible del art. 139 de la LRJS, para la defensa de sus intereses en relación a este derecho. En primer lugar porque, aun cuando careciese de un desarrollo específico en la negociación colectiva, sí nos encontramos ante un derecho de conciliación con reconocimiento legal (“El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución...”), tal y como exige el propio 139 de la LRJS. Y, además, porque el derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, no permitiría lo contrario⁷⁸.

7. LAS REDUCCIONES O ADAPTACIONES DE JORNADA POR MOTIVOS DE CONCILIACIÓN FRENTE A LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA Y LA REALIZACIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS

Llegados a este punto, es preciso analizar, siquiera tangencialmente, la relación operativa entre las reducciones y adaptaciones de jornada instadas por el trabajador por motivos de conciliación y las principales herramientas para la gestión flexible del tiempo de trabajo con que cuenta el empresario; esto es, la distribución irregular⁷⁹ de la jornada ordinaria y el recurso a las horas extraordinarias. Es decir, se tratará, aquí, de dilucidar qué ocurre cuando, en un mismo periodo de tiempo, coincidan una reducción o adaptación de jornada y un incremento

⁷⁶ STS de 13 de junio de 2008 (rec. 897/2007).

⁷⁷ Recuérdese cómo la STC 26/2011 de 14 de marzo consideraba procedente una adaptación de jornada en atención a las especiales circunstancias subjetivas del trabajador y objetivas de la empresa.

⁷⁸ En un sentido similar: LAHERA FORTEZA, J, “Organización...”, *op. cit.*, p. 45.

⁷⁹ Ya fuese en su modalidad rígida o flexible.

de la carga de trabajo derivada de una distribución irregular de la jornada o de la realización de horas extraordinarias. En efecto, como puede fácilmente vislumbrarse, nos encontramos ante dos conjuntos de instituciones que, en cierta medida, son susceptibles de colisionar entre sí⁸⁰; en el sentido de que, las necesidades de empresario y trabajador, amparadas por los correspondientes derechos que la Ley reconoce a las partes, convergen en un mismo punto desde ángulos opuestos. Por tanto, es preciso plantearse en qué modo se limitará, en tales casos, el ejercicio de los derechos ostentados por empresario y trabajador.

Pues bien, antes examinar de manera particularizada qué ocurre con estos derechos a la reducción o adaptación de la jornada por motivos de conciliación cuando su disfrute coincida bien con una jornada ordinaria distribuida irregularmente o bien con la realización de horas extraordinarias, es preciso aclarar, ya de entrada, que, a este respecto, los derechos y prerrogativas de empresario y trabajador se limitarán recíprocamente. Así, los derechos de las partes concurrentes en este punto habrán de convivir con un respeto mutuo, expandiéndose cada uno de ellos, únicamente, hasta el punto en el que colisionasen con el derecho reconocido, en este terreno, a la otra parte de la relación laboral.

En efecto, el hecho de que el trabajador se encontrase disfrutando de una reducción o adaptación de jornada por motivos de conciliación no sería un impedimento total y absoluto para que el empresario, en ejercicio de las facultades conferidas por la negociación colectiva o por la propia Ley, incrementase la carga de trabajo a través de una distribución irregular, rígida o flexible, de la jornada de trabajo. En este sentido, entiendo que, si el legislador hubiese querido restringir o prohibir la distribución irregular de la jornada cuando el trabajador se encontrase ejerciendo alguno de estos derechos, así lo hubiese reflejado expresamente, junto con el resto de límites que contempla.⁸¹ Así, el trabajador que se encontrase disfrutando de una reducción o adaptación de jornada, no estaría exento de verse afectado, al menos hasta un cierto punto, por un calendario que implicase aumentar la intensidad de trabajo en ese mismo periodo. Pero, a la vez, resulta evidente que dicha distribución del tiempo de trabajo no podrá, tampoco, invadir el periodo horario en que se hubiese concretado esa reducción o adaptación de jornada; y es que, lo contrario, supondría anular de raíz el derecho que la Ley reconoce al trabajador. En efecto, el ejercicio de los derechos a la reducción o

80 En un sentido similar: CRUZ VILLALÓN, J., “Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España”, en AAVV, *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Dir. Lourdes Mella Méndez, Madrid (Delta Publicaciones), 2015, pp. 17–18.

81 No obstante, cabe aclarar que nada impediría que fuese la negociación colectiva la que blindase las reducciones o adaptaciones de jornada por motivos de conciliación frente a la distribución irregular, de manera que tal medida empresarial para la gestión del tiempo de trabajo no pudiese llegar afectar a los trabajadores que se encontrasen disfrutando de estos derechos. En este sentido, señalando que esta práctica resulta muy excepcional en la negociación colectiva en nuestro país: SERRANO GARCÍA, M. J., “Las modificaciones de la jornada de trabajo y la distribución del tiempo de trabajo versus los derechos de conciliación”, en AAVV, *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica*, Dir. Lourdes Mella Méndez, Madrid (Delta Publicaciones), 2015, p. 138.

adaptación de jornada por motivos de conciliación no está supeditado, de ninguna manera, a las facultades empresariales para gestionar de manera irregular y flexible la jornada ordinaria de trabajo; por lo que, aunque la jornada se distribuya irregularmente en atención a las necesidades del empresario, el trabajador podrá seguir ejerciendo estos derechos sin ninguna especificidad. De este modo, el trabajador disfrutará de los derechos de conciliación que tiene reconocidos y, por su parte, el empresario gestionará la distribución de la jornada ordinaria con arreglo a las prerrogativas y límites específicos de esta herramienta de gestión del tiempo de trabajo; pero el ejercicio de estas facultades, tanto desde el lado del trabajador como desde el lado del empresario, no podrá, nunca, suponer un vaciamiento radical de los derechos que ostenta la otra parte.

Por su parte, respecto a la posibilidad de que, coetáneamente, coincidiesen una reducción o adaptación de jornada por razones de conciliación y la eventual realización de horas extraordinarias, cabe distinguir tres escenarios diferentes. En primer lugar, si se tratase de realizar horas extraordinarias de aceptación voluntaria, no habría ningún problema a la vista, en tanto en cuanto el mismo trabajador que ejercita alguno de los derechos de conciliación contemplados en el art. 37 del ET es quien decide si le interesa realizar, o no, las horas extraordinarias que, concretamente, le propone el empresario. En segundo lugar, si no encontramos ante el caso de que el trabajador, previamente, ya fuese por contrato o por convenio, estuviese obligado a realizar determinadas horas extraordinarias y, posteriormente, se diese una coincidencia entre estas horas extraordinarias y el ejercicio de alguno de los mencionados derechos de conciliación, cabría extraer las mismas conclusiones que ya se han expuesto anteriormente en relación a las horas ordinarias distribuidas irregularmente. Así, el trabajador habrá de realizar todas aquellas horas extraordinarias a las que estuviese obligado, pero exceptuando las que pudiesen coincidir con el periodo horario en que se hubiese concretado la reducción o adaptación de jornada que estuviese disfrutando. En efecto, como se sabe, la Ley prohíbe y limita la realización de horas extraordinarias para toda una serie de colectivos de trabajadores, entre los que no se encuentran los trabajadores que estuviesen ejerciendo alguno de los derechos de conciliación que se tratan en este trabajo; lo que *a sensu* contrario conduce a pensar que, más allá del espacio temporal propio y concreto de esa reducción o adaptación de jornada, sí podrían llevarlas a cabo. Por último, en relación a las horas extraordinarias por fuerza mayor, creo que el análisis debe ser diferente, en tanto en cuanto la ponderación de los intereses en juego y la excepcionalidad (y casi marginalidad, podríamos decir) que rodea a las horas extraordinarias por fuerza mayor, me llevan a considerar que, en virtud de la buena fe que debe presidir la actuación de las partes implicadas en la relación laboral, los trabajadores estarán obligados a realizar dichas horas; incluso aunque se solapasen con el espacio temporal propio de la reducción o adaptación de jornada que estuviesen ejercitando.

8. CONCLUSIONES

De todo cuanto se ha expuesto se desprende, con toda evidencia, que los derechos laborales dirigidos a conciliar el tiempo dedicado a la esfera profesional con la vida familiar y personal han experimentado, de la mano del progreso y el avance social, un desarrollo e implementación muy significativos en las últimas décadas. Sin embargo, tal y como demuestran las últimas reformas operadas en este terreno (como, por ejemplo, el aumento de edad de los menores cuyo cuidado contempla el art. 37.5 del ET), se trata de un proceso de cambio que todavía sigue en curso. Todo ello se aprecia con gran nitidez en la creación y desarrollo del permiso de lactancia, la reducción de jornada para la atención de hijos prematuros o por razones de guarda legal y cuidado directo de familiares, así como el derecho a la reducción y adaptación de jornada de las víctimas de violencia de género o de terrorismo; instituciones que no son sino consecuencia directa de un proceso sociológico de sensibilización y toma de responsabilidad frente cuestiones como la igualdad de género, la corresponsabilidad en las cargas familiares o la protección de la dependencia. Quizá, uno de los mejores reflejos de este fenómeno de transformación sea el cambio de óptica experimentado en la configuración del permiso de lactancia, en lo que respecta a su titularidad.

No obstante, pese a la evidente sensibilización sobre estas cuestiones, algunos de los últimos vaivenes normativos en la materia implican una rebaja sin precedentes en la configuración de los derechos de conciliación. Ello, ciertamente, choca de forma virulenta con esa tónica general de avance y progreso antes analizada y que se ha sostenido, desde sus inicios, en la edificación de un sistema de tiempo de trabajo que permita acomodar las exigencias profesionales con la llevanza de una vida familiar completa; y, por ende, se genera un cierto grado de inquietud frente a un eventual cambio de rumbo respecto a la línea legislativa seguida hasta este punto. Así ocurre, en concreto, con la circunscripción al ciclo “diario” de las reducciones por guarda legal y cuidado directo de familiares y con la posibilidad que ahora se abre a los convenios colectivos de condicionar los términos del ejercicio de los derechos del 37.5 del ET en función de las necesidades productivas y organizativas de la empresa. Cuestiones que, más allá del propio análisis particular que exigen, llaman a la doctrina científica a prestar una atención muy especial al futuro evolutivo más próximo de los derechos de conciliación.